POR
D. MARIA DE LA PAZ TORRES Y ARMERO,
VIVDA DE ANDRES ORTIZ, CECILIA, VEZINA DE LA VILLA DE CABRA.

33°

EN EL PLEYTO.

CON BALTASAR DE XARIZA ARMERO, Y LORENZO DE Luque, doña Iuana de Armero, Sebastian de Luque, Martin Lopez de Luque, Miguel Sanchez Camaras Altas, Maria Gonçalez, muger de Alonso de Martos, Sebastian Delgado, Leonardo, hijo de Leonardo, Agustin de Luque, Christoual de Martos, Iuana de Torres, Catalina, y Maria de Torres sus hermanas, Maria Ximenez, muger de Ioan Domingez, Iuana, Maria de Torres, muger de Pedro Gomez, vezinos todos de esta ciudad, y de la de Loxa, villas de Cabra, Rute, y Carcabuey.

En Granada, en la Imprenta Real de Francisco Sanchez, enfrente del Hospital de Corpus Christi. Año de 1664.

514

N. 1. 

N veynte y tres de Março de 1659. D. Fernando de Torres, vezino de esta ciudad otorgò en ella testamento, debaxo de cuya disposicion muriò, que se abriò en veynte y seys de dicho mes, y año, y entre otras clausulas del dicho testamento en que hizo diferentes legados (que estàn pagados, y que no se impugna su paga por la dicha doña Maria de Torres y Armero) son las siguientes.

2 ¶ *Item, mando a Sebastian Delgado, hijo de Christoual Delgado mi sobrino trezientos ducados, y atento que es muy niño, es mi voluntad no entre el dicho dinero en poder de su madre, pido, y suplico a el señor Licenciado Martin Serrano mi tio, y señor lo reciba, y ponga en tutela, ò como le pareciere, para que tenga toda seguridad.*

3 ¶ *Y en el remaniente que quedare de todos mis bienes muebles, y rayzes, deudas, derechos, y acciones que tengo, y tuuiere, y me pertenecen en qualquiera manera, despues de cumplido este testamento, mandas, y legados del, dexo, nombro, è instituyo por mis herederos legitimos a mis parientes, para que el dicho residuo entre en poder del dicho señor Licenciado Martin Serrano mi tio, y el susodicho lo reparta, y destribuya de su mano, como mejor le parezca, suplicandole, como lo hago, anteponga, y prefiera a los parientes virtuosos que se inclinaren a el estudio, todo a su disposicion, y voluntad.*

4 ¶ Y auiendo muerto el dicho don Fernando de Torres se siguiò pleyto ante el Alcalde mayor de esta ciudad, entre el dicho Licenciado Martin Serrano, pretendiendo se le entregassen los bienes del dicho don Fernando de Torres, y entre doña Francisca del Castillo, muger que auia sido del susodicho, pretendiendo asimismo, que le tocaua la quarta parte de los bienes del dicho su marido, en que se pronunciò sentencia por el dicho Alcalde mayor en veynte y vno de Iunio de 660. mandando entregar a la dicha doña Francisca del Castilla la quarta parte de los dichos bienes, y las demas restantes al Licenciado Martin Serrano.

5 ¶ Y auiendo tenido noticia la dicha doña Maria de Torres y Armero de lo referido, se presentò en esta Corte en grado de apelacion de la dicha sentencia, excluyendo a los dichos Licenciado Martin Serrano, y doña Francisca del Castillo; y concluyò pidiendo, que se declarasse por nulo el dicho testamento,

to, y a la susodicha por vniuersal heredera abintestato del dicho don Fernando de Torres su tio.

6 ¶ Y respecto de auerse proseguido el dicho pleyto entre los dichos Licenciado Martin Serrano, y doña Francisca del Castillo, y pronunciadose en el sentencias de vista, y reuista, que confirmaron la del dicho Alcalde mayor (sin auerlo substanciado con la dicha doña Maria de Torres, que auia salido a el) siendo assi, que quando la dicha doña Maria de Torres se presentò en grado de apelacion de la dicha sentencia, se mandò, que el dicho pleyto viniesse por su orden, y se le entregò la peticion, y auto a Iuan Luys Dominguez, escriuano publico de esta ciudad, ante quien passaua, y no puso en los autos compulsados que diò del a el dicho Licenciado Martin Serrano, que tambien apelò de la dicha sentencia, la peticion presentada por la dicha doña Maria de Torres, ocasionando con esto a que no se substanciasse con la susodicha.

7 ¶ Y en ocho de Abril del año passado de 661. (auiendose querellado del dicho Iuan Luys Dominguez por lo referido) continuò el dicho pleyto con el dicho Licenciado Martin Serrano, y consortes, que salieron a el.

8 ¶ Y estando pendiente, el dicho Licenciado Martin Serrano, despues de auer otorgado el testamento debaxo de cuya disposicion muriò, en veynte de Nouiembre de 662. que se abriò en diez y ocho de Febrero de 663. suena auer otorgado escritura, en que dispuso de los bienes del dicho don Fernando de Torres en veynte y quatro de Enero de dicho año de 663. cuyas clausulas entre otras son las siguientes.

9 ¶ *Despues de lo referido, yo por ser tio del dicho don Fernando, desde luego me declaro por heredero, en esta forma, que quiero, y mando, que de su hazienda me den, y entreguen a mi, ò quien mi causa huuiere, mil y quinientos ducados en primer lugar, y en esta parte me declaro por tal heredero del dicho mi sobrino, y quiero, y mando, y es mi voluntad, que de ellos se dèn, y entreguen de lo primero que se cobrare de la dicha hazienda quinientos ducados para la obra, y reedeficacion de la Iglesia mayor desta villa, para que se destribuyan, y gasten en la dicha obra, que yo desde luego se los mando para el dicho efecto, y para ello entre en el mayordomo que es, ò fuere de la dicha fabrica.*

10 ¶ Et inferius, ibi: *Y los mil ducados restantes que de esta aplicacion que me hago quedan, auiendo entrado en poder de el dicho Licenciado Miguel Geronimo de Luque mi sobrino, quiero, y es mi voluntad, y mando, que los dichos mil ducados los emplee,*

emplee, y compre con ellos bienes rayzes, ò censos que los valgan, a su disposicion, y voluntad, ò como mejor le pareZca, y que las rentas que destos bienes procedieren las aya, y goZe el dicho don Antonio MuñoZ de Luque todos los dias, y años de su vida. Et inferius, ibi: *Y despues de los dias del dicho don Antonio de Luque mi sobrino, quiero, y es mi voluntad se erijan, y crien dos Capellanias, y se conviertan en Beneficio Eclesiastico de los dichos mil ducados de haZienda, cada vna de la mitad.*

11 ¶ Despues de auerse declarado por heredero del dicho Martin Serrano de los dichos mil y quinientos ducados, y dispuesto de ellos en la forma referida, declara por herederos de los dichos bienes de don Fernando de Torres a las personas siguientes.

12 ¶ *En el residuo de la haZienda del dicho don Fernando declaro, que cumplido lo que lleuo declarado (y mandado en esta escritura) por otros herederos del dicho don Fernando, y los señalo, y nombro por tales herederos a las personas que aqui yràn declaradas, y destribuyo la haZienda entre ellos en la forma y manera siguiente.*

13 ¶ *Que Baltasar de XariZa Armero, primo hermano de el dicho don Fernando, lleue vna parte de la dicha haZienda.*

14 ¶ *Que Lorenço de Luque, primo hermano de el dicho don Fernando lleue otra parte de la dicha haZienda.*

15 ¶ *Que doña Iuana Armero, prima hermana del dicho don Fernando lleue otra parte de la dicha haZienda.*

16 ¶ *Que doña Maria de la PaZ, viuda de Andres OrtiZ, veZina de la villa de Cabra, lleue otra parte de la dicha haZienda, y atento a que es sobrina del dicho don Fernando, hija de hermana, demas de la dicha parte tome, y lleue cien ducados mas, que se han de sacar, y escalfar de las partidas que yràn abaxo declaradas.*

17 ¶ *Que Sebastian de Luque, primo hermano del dicho don Fernando lleue otra parte de la dicha haZienda.*

18 ¶ *Que Martin LopeZ de Luque, primo hermano del dicho don Fernando lleue otra parte de la dicha haZienda.*

19 ¶ *Que Miguel SancheZ de Camaras Altas, primo hermano del dicho don Fernando, lleue otra parte de la dicha haZienda.*

20 ¶ *Que Maria GonçaleZ, muger de Alonso de Martos, hija de prima hermana del dicho don Fernando, lleue otra parte de la dicha haZienda, y cien ducados mas que se han*

de escalfar de las partidas que abaxo se diràn.

21 ¶ *Sebastian Delgado, nieto de hermana del dicho don Fernando, lleue otra parte de la dicha hazienda.*

22 ¶ *Leonardo, hijo de Leonardo, Agustin de Luque, sobrino de el dicho don Fernando, lleue otra parte de la dicha hazienda.*

23 ¶ *Christoual de Martos, y sus hermanos, hijos de prima hermana del dicho don Fernando, lleue otra parte entre todos de la dicha hazienda, menos cien ducados que los escalfa, y reparte menos a la dicha hazienda, para q̃ queden a las partidas que vàn referidas.*

24 ¶ *Maria Ximenez, muger de Iuan Dominguez, hija de primo hermano del dicho don Fernando lleue otra parte de la dicha hazienda, menos cien ducados, que estos se han de dar a los demas a quien và declarado.*

25 ¶ *Iuana Maria, muger de Pedro Gomez, prima hermana del dicho don Fernando, lleue otra parte de la dicha hazienda.*

26 ¶ Esto supuesto, y que està visto este pleyto para determinar, la justicia que en el assiste a la dicha doña Maria de Torres y Armero se diuidirà en tres articulos.

27 ¶ En el primero se fundarà la nulidad que contiene el testamento del dicho don Fernando de Torres, y comission dada en el a el dicho Licenciado Martin Serrano, y que la dicha doña Maria de Torres es vnica, y vniuersal heredera abintestato del dicho don Fernando de Torres su tio.

28 ¶ En el segundo, que quando la dicha comission, y facultad pudiera tener alguna subsistēcia, vsando de ella el dicho Licenciado Martin Serrano auia de ser regulada.

29 ¶ En el tercero (con el presupuesto referido en el antecedente) se fundarà, que no auiendo vsado de la dicha comission el dicho Licenciado Martin Serrano en tiempo legitimo, espirò qualquiera que pretendiera tener, y que passado no pudo otorgar la dicha escritura.

PRIMERO

PRIMERO ARTICVLO.

En que se funda, que no auiendo el dicho don Fernando de Torres instituydo herederos nominatin, es nula la institucion que fuera hecha dellos por la dicha clausula, y la comission dada en ella, y que la dicha doña Maria de Torres y Armero es su unica, y vniuersal heredera abintestato.

30 VVLGAR regla es de derecho (entre otras) que para que tengan validacion los testamentos ha de constar en ellos de la voluntad de los testadores con claridad, y expression de los herederos instituydos, *l. 1. l. hæredes Palam, ff. de testam. l. iubemus, C. eodem tit.* & passim DD. quos cumulat Dom. Castill. *lib. 4. controuers. cap. 27. num. 20. & 21.*

31 ¶ Y tambien lo es el que la institucion de herederos no puede cometerse in alterius voluntatem, ni depender ex alieno arbitrio, *l. illa institut. 32. ff. de hæredib. instituend.* ibi: *Quoniam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum, iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pēdere; l. 11. tit. 3. part. 6.* ibi: *Declarar, è nombrar deue el fazedor del testamento por si mismo el nombre de aquel que establezcesse por heredero, ca si otorgasse poder a otro que lo establezcesse en su lugar, NO VALDRIA, maguer dixesse assi, aquel sea mi heredero que fulano quisiere, ò establezciere por mio que lo sea, esto es, porque el establezimiento del heredero, è de las mandas non deue ser puesto en alvedrio de otro*, exornarunt Dec. Socin. Ludou. Burs. Lusit. Paris. Ruin. Menoch. Anton. Pereg. & alij plurimi relati & secuti à Dom. Castill. *lib. 2. controuers. cap. 6. num. 20. 21. & 22.* & vltra eos Pat. Molin. *disput. 157. num. 10.* Anton. Fab. *de errorib. tom. 3. decad. 51. num. 4. & 5.* Surd. *cons. 380.* fere per totum Cancer. *lib. 3. variar. cap. 20. à num. 82. vsque ad 108.*

32 ¶ Quod procedit, non solum communis, & partit. iuris dispositione, sed etiam nouioris nostri iuri, scilicèt, *l. 31. Taur. & 5. tit. 4. lib. 5. Recopilat.* hec sunt earum verba: *Porque algunas vezes acaece, porque no pueden, ò porque no quieren hazer sus testamentos, dar poder a otros que los hagan por ellos, y los tales comissarios hazen muchos fraudes, y engaños con los tales poderes, extendiendose a mas de la voluntad de aquellos que se los dan, por ende, por euitar los dichos daños, ordenamos, y man-*

mandamos, que de aqui adelante el tal comissario no pueda por virtud de tal poder hazer heredero en los bienes del testador. Et inferius, ibi: *Salvo si el que le diò el tal poder para hazer testamento, especialmente le diò el poder para hazer alguna cosa de las susodichas en esta manera,* EL PODER PARA HAZER HEREDERO NOMBRANDO EL QVE DA EL PODER POR SV NOMBRE A QVIEN MANDA QVE EL COMISSARIO HAGA HEREDERO, & pro constanti affirmant, & resolvunt Acosta *in cap. si pater de testam. in 6.* verbo, *pauperes, num. 6. & 7.* & verbo, *adijciens, num. fin.* Pater Molin. *de iust. & iure, disputat. 157. num. 10.* Matienç. *in dict. l. 5. glos. 2. num. 2. & 3. & glos. 3. nu. 1. in ead. leg.* Azeued. *ex num. 13.* Auend. *in dict. l. 31. Taur. glos. vnica, num. 3. & 4.* Dom. Castill. *dict. lib. 2. cap. 6. num. 23.* Carp. *de executor. testam. lib. 2. cap. 7. num. 41.*

33 ¶ Con que no auiendo nombrado el dicho don Fernando de Torres por sus nombres herederos algunos por la dicha clausula, y cometido al dicho Licenciado Martin Serrano el nombramiento dellos, y disposicion de sus bienes, per se patet, la nulidad, y vicio que contiene la dicha institucion, & quod in ea procedunt, tam dicta iura, quam resolutiones DD.

PRIMERA EXCEPCION DE QVE SE HAN *valido, y valdràn los dichos Baltasar de Xariza, y consortes.*

34 ¶ Es dezir (para euadirse de las reglas tan notorias que contra su pretension tienẽ) q̃ aunque el dicho don Fernando de Torres no declarasse los nombres de los herederos, auiendo instituydo a sus parientes, vt ex verbis dictæ clausulę apparet, ibi: *Dexo, nombro, e instituyo por mis herederos legitimos a mis parientes,* deue substituyr la disposiciõ del susodicho, y que la pudo cometer el dicho Licenciado Martin Serrano, respecto de que aunque se consideren personas inciertas, son ciertas de inciertas, *l. cum quidam, & l. vnum ex familia in princip. & §. rogo, ff. de legat. 2. l. vtrùm, §. cum quidam, ff. de rebus dubijs,* Dom. Roderic. Suar. *de capt. voluntat. num. 17. vers. Conclusiuè autem,* Dom. Molin. *de primogenijs, lib. 2. cap. 4. num. 3.* & ex Anton. Gomez, Matienç. Peregrin. & alijs Dom. Castill. *dict. lib. 2. controuers. cap. 6. num. 51. & 52.* Pater Molin. *dict. disput. 157. num. 7.* idem Carp. *dict. lib. 2. cap. 7. num. 39.*

EXCLVSION A LA PRIMERA *excepcion.*

37 ¶ Ex sequentibus, porque considerando la dicha clausula de institucion de herederos(sin recurrir a las reglas notorias de derecho, tam communis, quam regisque, quedan referidas) si no iuxta *dict. ll. cum quidam vnum ex familia, & vtrùm, §. cum quidam*, habet intentum, la dicha doña Maria de Torres y Armero.

38 ¶ Lo primero, porque *dict. ll. decis. Diuerso casu procedũt, quo versamur, vt ex verbis earum patesijt, quæ l. cum quidam. Sunt hæc, cum quidam, ita fideicommissum reliquisset rogo restituas libertis meis quibus voles Marcellus putauit posse heredem, & indignum præferre.* Et inferius, ibi: *Idem ait, si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri, quasi iam præsenti die datum, cum sic relinquitur, quibus voles nec vlli offerat.*

39 ¶ *Et dict. l. vnum ex familia, in princip.* ibi: *Vnum ex familia propter fideicommissum à se cum moreretur, relictum, hæres eligere debet: ei, quem eligit, frustra testamento suo legat, quod posteà quam electus est, ex alio testamento petere potest, & §. rogo,* ibi: *Rogo fundum cum morieris restituas ex libertis cui voles, quod ad verba attinet ipsius erit electio, & nec petere quisquam poterit.*

40 ¶ *Et dict. l. vtrùm, §. cum quidam, ff. de rebus dubijs. Cum quidam pluribus heredibus institutis, vnius fideicommisset, vt cum moreretur vni ex cohæredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hoc redditatis, quæ ad eum peruenisset: Verissimum est vtile esse fideicommissum; nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est positum est, an omnino vellit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, vtrùm in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si vellit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.*

41 ¶ Porque de los casos, y especies que refieren los Iurisconsultos, *in dict. ll.* queda excluyda la pretension de dicho Baltasar de Xariza, y consortes. Lo primero, porque se presuponen en ellas primeras instituciones de herederos hechas legitimamente, *iuxta dict. ll. heredes Palam, de testamentis, & iubemus, C. eodem tit. & l. 6. tit. 3. part. 6.*

42 ¶ Respecto de que los herederos instituydos a quienes suponen los dichos Iurisconsultos grauados con la restitucion

titucion de los fideicomissos, estos no pudieran tener validaciõ, y subsistencia alguna, si en cada vno de los testamentos en que se dexaron no huuiera auido heredero, ò herederos instituydos, specificè, & nominatim à testatoribus, vt expresse probant *§. in primis. Instit. de fideicommissarijs hared. In primis igitur sciendum est opus esse, vt aliquis recto iure testamento hares instituatur, eiusque fideicommittatur, vt eam hareditatem, nemo hares institutur, & l. 14. tit. 5. part. 6.* asi como dixiesse el fazedor del testamento, establezco por mi heredero a fulano, è ruegole, ò quiero, ò mando que esta mi herencia que yo le dexo que la tenga tanto tiempo, y despues la entregue a fulano, vbi Dom. Gregor. Lopez *glos. verbo*, establezco, Dom. Pichar. *in dict. §. in primis, num. 7.*

43 ¶ Lo segundo, porque *dict. leg. cum quidam vnum ex familia in princip. §. rogo, & l. vtrum, §. cum quidam loquuntur*, quando las primeras instituciones, y substancia de ellas dependieron de los testadores, cometiendo la eleccion de las personas comprehendidas en las substituciones fideicomissarias que en cada vno de los casos de ellas se hizieron, siẽdo inciertas de ciertas, para que las eligiesse el heredero, y herederos instituydos, iure directo; y como las instituciones que se suponen hechas in singulis casibus dictorum iurium, fueron formales, y legitimas, dependiendo à mera voluntate testatoris, la existencia, y substancia de ellas, inde prouenit, que se consideren validas, y las substitucio nes hechas mediante las facultades dadas para elegir, porque la eleccion es qualidad, y cosa accessoria, que nò puede invalidar las instituciones hechas, rectè, & iure directo, & iuxta dict. ll. decisionẽ debent intelligi omnes DD. supra relati num. vt reliqui expresse supponunt procedere eorũ resolutiones.

44 ¶ Et inter eos Dom. Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 2. Ea namque fideicommissa, qua familia relinquebantur, & si interdum proximioribus deferenda esse plerumque tamen vni ex familia quem HÆRES ELEGERIT, relinquabantur.* Et inferius num. 4. *Non enim in hac dispositione eiusdem substantia, & solum personarum declaratio in alterius voluntatem confertur, quod iure permissum est, dict. l. cum quidam.*

45 ¶ Expresius Dom. Castill. *dict. lib. 2. cap. 6. nu. 51. Nam verò quinto loco constituendum est omnia, qua hucusque diximus eo casu intelligenda procedere quo substantia dispositionis in alterius volũtatem confertur (qua cõferre nõ potest)*

teſt) non verò quando qualitas, vel acceſſorium hoc eſt perſonarum electio, vel declaratio, id namque in alterius voluntatem conferri iure permiſſum eſt, l. cum quidam, cuyas palabras comprehenden dos partes de ſu reſolucion, *de qua mentionem facit in dict. cap. à num. 20. vſque ad 31. ſcilicèt, loquendo in institutione directa, iuxta dict. l. illa institutio de hæredibus instituendis, & cætera iura relata,* la ſegunda, *ſcilicèt, in legatis, & fideicommiſsis, de quibus in volucre loquitur, in dict. cap. à nu. 32. vſquè ad dictum num. 51. & 52. ſcilicèt, iuxta l. cum quidam cum ſimilibus, vt apud eum videre eſt.*

46 ¶ Y manifieſta eſta reſolucion Dom. Caſtill. *lib. 5. cap. 67. num. 1.* ibi: *Indeque voluntatem teſtantis in maioratu fideicommiſsis, & alijs ex electione alicuius ſuccedatur validam eſſe de iure, non enim in hac diſpoſitione eiuſdem ſubſtantia, ſed ſolum perſonarum declaratio in alterius volũtatem confertur, quod iure permiſſum eſt.*

47 ¶ Y aunque P. Molin. *dict. diſput. 157. num. 7.* ſiendo del miſmo ſentir que los Doctores referidos, hęc verba referat: *Si quis dicat relinquo hæredem meorum bonorum, eum, vel eos ex meis fratribus, quos meus patruus elegerit, vel quos elegerit talis doctor, ac pius vir,* y *Carp. dict. lib. 2. cap. 7 num. 34. Hæc proferat inſtituo vnum ex fratribus, ſeu ſeruis meis, quam Titius elegerit,* refiriendo ambos DD. & iura ſupra relata, ſe deuen entender ſus reſoluciones iuxta ea.

48 ¶ Porque aliàs con las palabras con que forman las concluſiones de ellas equiuocaran dict. iuri deciſiones, en que ay inſtituciones directas de herederos ſpecifice, inſtituydos con las ſubſtituciones fideicomiſſarias, porque aunque eſtas ſean ſegundas inſtituciones, ſon iure obliquo, y que la eleccion que ſe comete en ellas es preſuponiendo herederos inſtituydos iure directo, Dom. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 14. num. 1. cum ſequent. præcipuè num. 11. & 12. & per totum,* Anton. Gomez *tom. 1. variar. cap. 5. num. 1.* vbi Ayllon eius Additionator. y aſsi no pudieran proceder, ni ſer aplicables, dict. iur. deciſiones, a las palabras con que exemplifican los caſos en que pretenden aplicarlas, ſcilicèt, inſtituo vnum ex fratribus, vel ſeruis meis, quem Titius elegerit, no ſuponiendoſe Ticio heredero inſtituydo, ſi no vno de los hermanos, ò eſclauos que eligieſſe, cometiendoſele el que eligieſſe vno dellos, porque aunque ſon perſonas inciertas de ciertas, ſiendo inſtituydos iure directo, y no ſiendolo Ticio, que auia de hazer eleccion, y ſiendo neceſſario, vt remanet probatum, el declarar los teſtadores las perſonas

inſti-

instituydas, *iuxta dict. ll. haredes Palam, & iubemus*, cum similibus, quedarà la substancia de la disposicion cometida a Ticio, quod iure non est permissum in prima, & directa institutione, *ex dict. leg. illa institutio, de hared. instit. & l. 11. tit. 3. part.* 6. quod sentiunt omnes DD. relati.

46 ¶ Et alia diuersa ratio procedit in obliqua institutione ex DD. relatis, porque en ella solo se comete tantum personarum electio, aut declaratio, y no la substancia de la disposicion, quando circa personarum declarationem versatur.

47 ¶ Vt accedit in casu quo invenimus, de la disposicion del dicho don Fernando de Torres, en que iure directo suenan instituydos por herederos sus parientes colectiuamente, y se cometiò la substancia de la dicha disposicion a el dicho Licenciado Martin Serrano, & per se patet, que se le cometiesse, porque no auiendo declarado el dicho don Fernando de Torres las personas que instituìa por herederos, como deuia, & remanet probatum, declarandolas el dicho Licenciado Martin Serrano, mediante la comission, y facultad que se le diò, quedò dependiente la substancia de la dicha disposicion de la declaracion del dicho Licenciado Martin Serrano.

48 ¶ Quod maiori ratione procedit, atendiendo a que ex verbis dict. clausulæ, no pueden dezir los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, que el dicho Licenciado Martin Serrano fuesse heredero instituydo, iure directo, por el dicho don Fernando de Torres, y los parientes del susodicho substituydos, ò secundarie, & oblique instituydos por sus herederos, quando ex dictis verbis apparet, que la institucion hecha iure directo es de los parientes del dicho don Fernando de Torres, ibi: *Instituyo por mis legitimos herederos a mis parientes*, con que no son aplicables a la pretension de los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, *dict. ll. cum quidam vnum ex familia, & vtrum, §. cum quidam*, nec resolutiones DD.

49 ¶ Antes lo son muy en fauor de la pretension de la dicha doña Maria de Torres, porque las instituciones iure directo, de quibus loquuntur, se presuponen hechas con la misma forma que se requiere, *ex dict. leg. 1. & haredes Palam, de testament. & iubemus, C. eodem, & l. 6. tit. 3. part. 6.* dependiendo solo à mera voluntate testatorum, la substancia de sus disposiciones.

50 ¶ Lo tercero, porque el dicho don Fernando de Torres deuiò declarar la cantidad, y porcion en que cada vno de sus parientes que se suponen instituydos auia de suceder, como

mo su heredero, *l. 3. tit. 3. part. 6.* ibi: *Que sea heredero en todo, ò en parte, como el testador tuuiere por bien,* vbi Dom. Greg. Lop. in eius expositione, vt certum supponit, debet testator heredem, & partem hæreditatis, in qua hæres instituitur declarare.

51 ¶ Porque como el acto de testar depende de la voluntad del testador, *dict. l. 1. ff. de testament. quod sit voluntatis nostra iusta sententia,* no se puede cometer a otro su declaracion, ni conferir en declaracion de persona agena la voluntad propia, vbi communiter tradunt DD. & Sarmient. *lib. 2. selectarum, cap. 2. num. 2.* Anton. Gomez *in l. 31. Taur. num. 1.* Duaren. *de haredib. instituend. cap. 3.* Dom. Pichard. *in Rubr. de testament. num. 3.* Dom. Castill. *dict. lib. 2. cap. 6. num. 21. in fine,* & alijs pluribus Carp. *lib. 2. cap. 6. à num. 1. cum seqq. vsque ad 9.*

52 ¶ Y aunque los dichos Baltasar de Xariza, y consortes podràn dezir que se pudo cometer al dicho Licenciado Martin Serrano la declaracion de las cantidades, y porciones que auia de asignar, y dar a cada vno de los parientes que fueran instituydos por herederos del dicho dõ Fernando de Torres, y que el auerlas declarado, y asignado deue tener subsistencia, *l. Theopompus, ff. de dote pralegato,* vbi Bart. *num. 1.* & communiter scribentes, & alios quos tradit Carp. *lib. 2. cap. 23. num. 2.*

53 ¶ Porque *dict. l. Theopompus* no es aplicable a la pretension de los dichos Baltasar Xariza, y consortes, antes su decision es muy en fauor de la dicha doña Maria de Torres, respecto de que se entra por el Iurisconsulto suponiendo en ella vna institucion formal, y legitima con especificacion de herederos de porciones asignadas por el testador, ibi. *Theopompus testamento facto duas filias, & filium aquis partibus instituit haredes.* Y considerada perfecta esta disposicion se supone tambien que el testador ex codicilis ita cabit, ibi. *Hoc est filiam meam Crispinam, quam vellem tradi nuptui, cuicumque amici mei, & cognati approbabunt, prouidebit, tradi Polianus, sciens mentem meam inaqualibus portionibus, in quibus, & sororem eius tradidi.* Y como Poliano, que fue a quien le cometiò la declaracion de la cantidad de bienes que auia entregado el testador a la hija mayor que auia casado viuiendo sabia la que le diò en dote, y la voluntad del padre, que se supone se la manifestò al comissario, se difiriò a su juramento la liquidacion de la dicha cantidad, siendo necessario para esto la ma-

nifestacion de la voluntad del testador, y que diesse a entender que era sabidor della el comissario, y tambien el que dixesse que fuesse la misma cantidad la que se diesse de dote, dictæ filiæ Crispinæ, que la que auia dado a otra hija, ex hæredibus institutis, y assi la declaracion que se hizo no alterò dispositionem testatoris factam, ni dependiò della la substancia de la disposicion, porque solo fue vna declaracion del testador manifestada, y fue preciso que concurriessen todos estos requisitos para que se estuuiesse iuramento Poliani, porque aliàs no fuera declaracion, quam fecit Polianus, sed dispositio nomine Theopompi facta; y dandola razon de diferencia que ay entre los efectos que causa la declaracion de vltima voluntad por la disposicion della, in explanatione *dict. l. Theopompus*, latè tradit Carp. *dict. lib. 2. cap. 5. à num. 1.* cum multis sequentiqus plurima iura, & authoritates congerens, & Dom. Castill. *lib. 2. controuers. cap. 182. à num. 1. & ferè per totum.*

54 ¶ Et in tantum procedit, & communiter sentiunt dicti DD. que solo se podrà dezir declaracion, ò de voluntad propia, ò agena, quando mediante ella no se altera la disposicion hecha por el testador, y declarada por el comissario testamentario, ò hecha por el en virtud del poder.

55 ¶ Porque alias, si se alterara por el comissario, ò dependiera de su declaracion la substãcia del testador, corrueret dispositio ab eo facta, idem Carp. *dict. lib. 2. cap. 23. num. 8.* ibi: *Primus, quando dicto commissarij substantia dispositionis iniungitur, taliter quod ipse sit dator, & causa efficiens relicti in hoc enim euentu, hoc considerandum est, ac si totum voluntati commissarij iniungeretur, & hac de causa infirmatur relictum, ex dictis supra hoc lib. cap. 1. 6 11. & alijs, & lib. 11. cap. 19.*

56 ¶ Y solo se puede cometer al comissario la declaracion de la voluntad del testador concurrentibus dictis requisitis quando versatur circa eius aliquas circunstantias, non autem circa dispositionis substantiam an dandum sit, porque si depende del el dare, vel non dare, no es declaracion del testador, si no disposicion de la voluntad propia del comissario, Carp. *dict. lib. 2. cap. 5. num. 21.* despues de auer ponderado *dict. l. Theopompus*, sic resolvit, ibi: *Ex dictis infertur subinde quod quando substantia dispositionis in declarationem commissarij confertur, non erit propria declaratio, sed voluntas, quia declaratio ex se ipsa, nec disponit, nec addit, & versatur circa circunstantias, non autem circa dispositionis substantiam,*

AN-

57 ¶ Y que se cometiesse al dicho Licenciado Martin Serrano la disposicion del dicho don Fernando de Torres, verba dictæ clausulæ aperiunt, ibi: *Entre en poder del dicho Licenciado Martin Serrano mi tio, para que lo reparta, y distribuya como mejor le pareZca.* Et inferius, ibi: *Todo a su disposicion, y voluntad*, con que quedò dependiente del dicho Licenciado Martin Serrano, el *ansit dandum*, esta, ò aquella porcion, ò la parte que el quisiesse de los bienes del dicho don Fernando de Torres, & in nullo alio casu puede considerarse cometida la substancia de la disposicion en el comissario, mas que en el deste pleyto, porque se le diò comission, y facultad al dicho Licenciado Martin Serrano para que distribuyesse el residuo de los bienes del dicho don Fernando de Torres como le pareciesse, y como de su voluntad, y arbitrio quedò dependiente el declarar a qual de los parientes instituydos se auia de dar esta, ò aquella cantidad, no se puede, ni podra dezir por los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, que el dicho don Fernando de Torres instituyò a sus parientes, ò alguno dellos en cantidad de sus bienes, ni en parte alguna dellos, determinada, ni señaladamente por su voluntad, y assi el assignarlas el dicho Licenciado Martin Serrano no fue declaracion de la voluntad de don Fernando de Torres, sino efectos de voluntad propia suya.

58 ¶ Y mucho menos el que el dicho don Fernando de Torres declarasse su voluntad al dicho Licenciado Martin Serrano, que cantidad de sus bienes auia de dar a cada vno de sus parientes, ni que el susodicho la supiesse del dicho don Fernando de Torres, vt supponitur à Iureconsulto, *in dict. l. Theopompus, sciens mentem meam inæqualibus portionibus in quibus, & sororem eius tradidi*, ni aya medio alguno por donde se quisiera pretender que el Licenciado Martin Serrano tuuo noticia de la voluntad del dicho don Fernando de Torres.

59 ¶ Et dato casu, sed nõ concesso, q̃ la tuuiesse auiẽdo cometido al dicho Licenciado Martin Serrano la substancia de su disposicion, respecto de concederle el que distribuyesse sus bienes como le pareciesse, y fuesse su voluntad, y en esto, *ansit dandum, vel quid*, le cometiò la substancia de su disposicion, porque dependiò de la voluntad del dicho Licenciado Martin Serrano, el dar, ò no dar a los parientes del dicho don Fernando de Torres (no dandoles nada a los hijos de doña Maria de Torres como a otros) y el darles mas cantidad

dad a vnos parientes que a otros, qua de causa remansit viciosa dicta dispositio, vt resolvunt DD. supra relati, & expresse decidunt, *dict. ll. vtrùm, §. cum quidam, ff. de rebus dubijs. ff. vnum ex familia, l. cum quidam, ff. de legat. 2.* respecto de que los bienes en que consistieron los fideicomissos, *in dict. ll. relicta*, dependieron à mera testatorum voluntate, y la cantidad dellos, y solo se le concediò a los herederos fideicomissarios la eleccion de vno de los substituydos a quien auian de restituyrlos, mas no la cantidad en que consistian.

60 ¶ Lo quarto, porque in tantum procedit la resolucion de los DD. del Reyno, que aunque ay otros, ademas de los referidos, que extienden la suya, a que aunque no se expresse, ni se nombre heredero por el testador, per æquipolens, se pueda cumplir con la forma *dict. l. 31. Taur.* esto ha de ser signo tan indubitabili, que no se pueda dudar de la persona de heredero, ò de las de herederos, Anton. Gomez *tom. 1. var. cap. 2. num. 7.* Dom. Couarr. *in cap. cum tibi, de testamentis, num. 5.* Tello Fernandez *in l. 31. Tauri, num. 3.* Matienç. *in dict. l. 5. glos. 7.* & melius, & expresius omnibus Petrus Peralta *in prælectione Rubricæ de hæredibus instituendis, num. 73.* Azeued. *in dict. l. 5. num. 22. & 23.* Ioann. Gutierr. *lib. 2. pract. quæst. 41. à num. 3. cum seqq. qui referunt l. 10. tit. 3. part. 6.* ibi: *Si quisiesse establecer a alguno de ellos por heredero suyo, de tal manera deue nombrar, è señalar aquel a quien quisiere dexar lo suyo por su nombre, ò de su padre, ò por otras señales, que pueda ser sabido ciertamente quien es aquel que dexa por su heredero, l. 37. Tauri,* ibi: *Quando el testador nombrada, ò señaladamente hizo heredero*, ponderando las dichas palabras, *nombrada, ò señaladamente*, y que de tal forma ha de ser el asignar heredero que haga el comissario, como si lo huuiera nõbrado el testador, porque *dict. l. 37. Taur.* se refiere a lo dispuesto por la *ley 31. Taur.* cum sequentib. y a los casos con que hablan, y en esta forma concuerdan vna, y otra ley, para que cessen los fraudes que se hazian por los comissarios, no constãdo specificè, & nominatim de las personas de los herederos.

61 ¶ Y en ningunos otros casos se pudieran hazer mayores fraudes que en el deste pleyto, en que sonando instituydos los parientes del dicho don Fernando, se le cometiò al dicho Licenciado Martin Serrano el que los nombrasse, consistiendo en esto la substancia de la dicha disposicion, vt probatum supra reliquimus, y que es viciosa a tenta iuris commu-

nis

nis dispositione, & nostri iuris Regij, respecto de que la institucion fue generica, y quando los dichos Baltasar de Xariza, y consortes solo han pretendido, y pueden pretender que tiene subsistencia, siendo personas inciertas de ciertas, con esto no pueden dezir que signo indubitabili, & per equipollens, se cumpliò con la forma *dict. l.* 31. *Taur.* en la institucion de herederos del dicho don Fernando de Torres, porque ya se considere la dicha ley declaratoria del derecho comun, vt voluit Auendañ. *in ea glos. vnic. num.* 4. *in fin.* ò ya correctorea, vt voluerunt aliqui DD. ab eo relati, las instituciones hechas de personas inciertas de ciertas, cometiendo en ageno arbitrio, y voluntad el nombramiento, y declaracion de ellas, iuxta decisionem *dict. l.* 31. *Taur.* son nulas, y viciosas, affirmant Matienç. *in dict. l.* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 2. *num.* 2.

62 ¶ Ibi: *Sed quod lex nostra dicit necessarium esse, quod in mandato sit expressa, & declarata persona hæredis, quã mandatarius, seu comissarius debeat constituere an intelligatur in mandato ex primi certa, & determinata persona; an verò sufficiat certas, & determinatas personas ex primi, ex quibus vnam debeat commissarius eligere, & in terminis l. nostræ hoc reuocabit in dubium, Eman. Costa in Rep. cap. si pater, de test. in 6. part. 1. rer. pauperes, num. 6. Et resoluit dicens esse certam personam nominãdam, quam præcise teneatur commissarius hæredem instituere, nec sufficiet quatuor, vel plures nominare, ex quibus vnam eligat ipse commissarius.*

63 ¶ Azeued. *in dict. l.* 5. *tit.* 4 *lib.* 5. *Recop. num.* 13. ibi: *Secundum, quod in fin. l. nostræ deciditur, vt scilicèt in institutione non solum hæres nominãdus sit per defunctum committentem alicui facultatem instituendi hæredem sit, & certus, & nomine proprio nominandus est ille, qui hæres instituendus est per commissarium, neque sufficiet incertum de certis nominare, sed in alijs rebus sufficiat committi incertum de certis ad substituendum, legandum, vel meliorandum, & hunc credo verùm, & litteralem in intellectum nostri text. & quem Palac. Rub. vnus ex conditoribus assignat.*

64 ¶ Auend. *in dict. l.* 31. *glos. vnic. num.* 3. ibi: *Secundò advertendum est, quod si testator incertum de certis instituendum committebat dubitabatur inter scribentes an ea dispositio foret captatoria, vel sufficeret nominari incertum de certis, quem commissarius eligeret.* Et inferius, ibi: *Receptior tamen sententia erat, esse specifice nominandam à testatore personam hæredis, vt inde commissarius nominatum eligendo propriè*

 diceretur

diceretur habere electionem tantum , & non in eius arbitrium committi institutionis substantiam. Et in fin. ibi: *Veriorem ex his opinionibus nostra constitutio eligens apertissimè decrebit personam hæredis, qui instituendus erat à testatore esse nominandam, vt electio tantum esset commissario concessa , & hac fuit originaria ratio legis decidendi non correctoria iuris communis, vt aliqui male crediderunt , sed declaratoria dubitationis , supra relata.*

65 ¶ Et Dom. Castill. *dict. lib. 2. controuers. cap. 6.* auiendo desde el num. 20. referido las autoridades, con que resuelve, que no pueda la institucion depender de ageno arbitrio, y voluntad. En el num. 23. pone el caso de nuestro pleyto, y lo resuelve en fauor de la dicha doña Maria de la Paz Torres y Armero, ibi: *Dumtaxat prætermitti non potest de iure communi probasse, non nullos (licèt alij dissentiant) valere institutionem, cum persona hæredis non nominatur expressim, sed electio certarum personarum committitur alteri , vt instituo vnum ex fratribus , aut consanguineis, quem Titius elegerit, quia tunc non substantia institutionis confertur in alterius arbitrium, sed personæ electio , quod cum Parisio, & alijs sic resoluit, & esse communem sententiam profitetur , Grassus receptarum sententiarum, dict. §. institut. quæst. 18. num. 6. hodie tamen post decisionem l. 31. Taur. quæ est l. 5. tit. 4. lib. 5. noue collectionis Regiæ id. Procedere non potest, vtpotè cum testator certam omnino personam nominare debeat , quam præcise tenetur commissarius hæredem instituere , nec sufficit in certum de certis nominare, ex quibus vnum eligat commissarius ipse,* vt rectè, & latius fundant Emanuel Costa *in cap. si pater, de testament. in 6. in 1. part.* verbo, *pauperes, num. 6.* Matienç. *in dict. l. 5. tit. 4. glos. 2. num. 2. &* 3. & ibidem Azeued. *num.* 13. *lib. 5. noua Recopilat.* Velaz. de Auend. *in l. 31. Taur. glos. vnic. num. 30.*

66 ¶ Y refiriendo el señor don Iuan del Castillo la controuersia que auia entre los DD. *attenta iuris communis dispositione* , si la disposicion cometida en arbitrio ageno, y libre, padecia lo mismo que la cometida en voluntad absoluta, *dict. cap 6. a n. 24. cum seqq. vsque n. 30. dict. cap.* resuelve, attenta *dict. l. 31. Taur.* que padece los mismos defectos cometida en arbitrio libre, como si lo fuera en voluntad absoluta, ibi: *Quod tamen hodie cessauit omnino post decisionem l. 31. Taur. quæ est 5. tit. 4. lib. 5. nouæ Recopil. Ex illis enim certa forma descripta est, ac nec in arbitrium quidem , nec etiam in liberam voluntatem vltima dispositio conferri post, nisi persona hæredis nominatim expressa, vt ibi dicitur.*

Idem

67 ¶ Idem Dom. Castill. *dict. cap. 6. num.* 51. despues de auer distinguido en los casos que hablan, y como se deuan entender, *dict. l. vnum ex familia, l. cum quidam, l. vtrùm, §. cum quidam*, vt remanet dictum, refiere muchas autoridades. Y en el num. 52. a la letra la del señor Rodrigo Suarez *de captator. volunt. num.* 14. *in fin.* vers. *Conclusiuè.* Y auiendo despues à num. 52. discurrido, quando puede subsistir la facultad cometida para mejorar a vno de los hijos, & quibus verbis se ha de formar, y la diferencia que ay entre cometerse la institucion de herederos, ò la mejora ~~hecha a los hijos~~, num. 64. hec verba protulit: *Nec vrget in contrarium Roderici Suarez relata supra num.* 52. *quippè cum ipse loquatur in terminis iuris communis, non in terminis dict. l.* 31. *Taur. in quibus si dicat aliquis eundem loquutum, negari non potest manifeste deceptum, ex his quæ hactenus dicimus, præterea loquitur in institutione in qua diuersa ratio militat de iure communi, vt dicebam supra ex num.* 20. *ac de iure Regio seruari debet dispositio dict. l.* 31. *Taur. Et hoc vsque de his hucusque sufficiat, quæ noua quidem sunt, & notanda, quia nullius reperientur ita explicata,*

68 ¶ Y refiriendo Carp. non solum authoritates supra relatas, sed etiam Patrem Molinam *disput.* 157. *num.* 10. es del mismo sentir *de executoribus testamentorum, dict. lib.* 2. *cap* 7. *num.* 40. ibi: *Cæterum hæc omnia licèt, sic se habeant prædicta resolutio, quod institutio in certi de certis, hoc secundo casu confirmata quamuis de iure communi verior receptior, & tenenda sit, iure autem Regio omnino reijcitur, ex dict. l.* 31. *Taur. hodie l.* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. Ex quibus per se hæredis nominatim à testatore indiuiduè, & immediatè in commissione, & mandato commissario iniuncto nominanda est.*

69 ¶ Con que siendo viciosa, y no pudiendo tener subsistencia alguna la dicha institucion de herederos, la dicha doña Maria de Torres es heredera abintestato de el dicho don Fernando de Torres su tio, como hija de doña Iuana de Torres y Armero, casa 9. hermana del susodicho, vtrimque coniuncta, *Authent. post fratres, C. de legat. hæred. Authent. de hæred. abintest. venient. §. sin autem, coll.* 9. *l.* 6. *tit.* 13. *part.* 6. vbi Dom. Gregor. Lopez *glos. nin sobrino, fijo de hermano, l.* 32. *Taur.* ibi: *Y el remaniente se parta entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes abintestato*, vbi communiter DD. tam Regnicoli, quam Tauristi.

70 ¶ Y que la dicha doña Maria de Torres sea vnica, y vniuersal heredera del dicho don Fernando de Torres su tio,

sin

sin que pueda concurrir a la sucession abintestato de sus bienes, no solo los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, respecto de los grados de parentesco que dàn de primos hermanos, vnos de parte de padre, y otros de parte de madre del dicho don Fernando de Torres, y de hijos, y nietos de los susodichos, si no el dicho Sebastian Delgado, como nieto de doña Maria de Torres y Armero, hermana del dicho don Fernando de Torres, porque en la sucession abintestato solo se admiten los hijos de hermanos, y no nietos, *Authent. post fratres, C. de legitim. hered. Authent. cessante* ~~*de hered. abintest. venien.*~~ *dict. l.* 5. *&* 6. *tit.* 13. *part.* 6. Anton. Gomez *in l.* 8. *Taur. num.* 10. Tell. Fernand. *numer.* 6. & communiter DD.

Supra eodem

SEGVNDA EXCEPCION DE QVE SE VALEN los dichos Baltasar de Xariza, y consortes.

71 ¶ Dizen, que el dicho Licenciado Martin Serrano fue heredero fideicomissario del dicho don Fernando de Torres, *l.* 1. *tit.* 10. *part.* 6. ibi: *Vno es en latin llamandoles fideicomissarios*, Vbertius de Bobio *in l. nulli, C. de Episcop. & Cleric.* Acurs. *in l. vxorem, ad leg. Cornel. de fals. & in l. si quis pro redemptione, C. de don.* Dom. Gregor. Lopez *in dict. l.* glos. verbo, *fideicommissarios.*

72 ¶ Lo segundo, porque auiendo el dicho don Fernando de Torres vsado de las palabras que vsò en la clausula de su testamento, ibi: *Para que el dicho residuo entre en poder del dicho Licenciado Martin Serrano mi tio, para que lo reparta, y distribuya.* Porque aunque estas palabras no sean directas de institucion, son obliquas, que bastan para que se considere heredero instituydo el dicho Licenciado Martin Serrano en los bienes del dicho D. Fernando de Torres, *l. Aurelius* 28. *§. quidam, ff. de liberat. legat. §. fin. Instit. de singul. reb. per fideicomm. relict.* Carran. *de partu, cap.* 2. *§.* 1. *illacion* 13. *sectione* 4. *nu.* 285. *cum sequent.* Rippa *in l. Centuorio, ff. de vulg. num.* 181. Carp. *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 51. *&* 52.

73 ¶ Y por estar manifestando la voluntad que tuuó el dicho don Fernando de Torres, que es a lo que se deue atender, y no a la formalidad de palabras, *l. si ita scriptum, §.* 1. *l. is verbis* 48 *ff. de hæred. instit.* in cuius rubrice relectione Peralt. *num.* 153. Carran. *vbi supra num.* 284. lo qual procede aunque nomine commissarij estè instituydo, para que pudiera subsistir

sistir el dicho testamento, Pater Molin. *disput.* 248. Alvar. Valasc. *consult.* 68. eos referens Carp. *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 54. & 55.

EXCLVSION DE LA EXCEPCION *antecedente.*

74 ¶ Ex sequentibus, tùm, porque el dicho Licenciado Martin Serrano fue tan solamente comissario testamentario del dicho don Fernando de Torres, a quien le cometiò la disposicion de sus bienes, vt ex verbis dictæ clausule apparet: *Para que lo reparta, y distribuya*, y en esto se diferencia el comissario testamentario al executor, y albacea testamentario, porque este solum est nominatus ad exequendam voluntatem testatoris, y a aquel ad eius extreme voluntatis dispositionem, & ordinationem inter alias especies, & diferencias, quas tradit Carp. *lib.* 1. *cap.* 1. *a num.* 5. *vsque ad* 34. eas refert num. 35. & num. 37. ibi: *Commissarius (altera species) ille dicitur qui nominatus est, vel iure constitutus ad ordinationem, & dispositionem extrema voluntatis, taliter quod voluntas sit testatoris dispositio, & ordinatio commissaris, de quibus lib.* 2. *ad differentiam alterius speciei executoris, cui sola executio factum, & nudum ministerium relinquitur.*

75 ¶ Y el dicho don Fernando de Torres nombrò entre otros por albacea, y executor testamentario al Licenciado don Iuan Luys del Castillo, Cura de la Parroquial de señora Santa Ana de esta ciudad, para que cumpliesse su testamento, Missas, funeral, y entierro, legados, y deudas que declarò en el, que acetò luego que muriò el dicho don Fernando de Torres, con que de su misma disposicion estàn distinguidos el oficio de comissario testamentario dexado al dicho Licenciado Martin Serrano, y el de executor testamentario al dicho Licenciado don Juan Luys del Castillo, mayormente quando la palabra dictæ clausule, ibi: *Distribuya*, no corresponde a executor, sino a comissario testamentario, y todas quantas refiere Carpio estàn comprehendidas en la dicha clausula, si autem electio distributio, testatio, & dispositio commissa fuerit talis constitutus commissarius dicetur, tradit Carp. *dict. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 23. & 51. & probant Carp. *cum tibi de testam.* ibi: *Extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, & clarius, & expressius dict. ll.* 31. *Taur. cum sequentibus, & l.* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*

76 ¶ Tùm, porque *dict. l. 1. tit. 10. part. 6.* habla de executores testamentarios, y aunque les llame fideicomissarios, la misma ley dà la razon, ibi: *Porque en la fee, è en la verdad de estos hombres tales dexan, è encomiendan los fazedores de los testamentos el fecho de sus animas*, explicando la etimologia de la palabra fideicomissarios, y que le puede convenir a los executores testamentarios, por la confiança que se haze dellos, y fee q̃ se tiene por los testadores q̃ cumpliran su testamẽto, Carp. *dict. c. 1. num.* 34. ibi: *Non quod fideicommissarij executores sint, ex supra adductis, sed quod ratio ethimologia, quæ deducitur ex verbo fideicommissarios conveniat executoribus, vt ex prædicta l. part. comprobatur.*

77 ¶ No porque los fideicomissarios sean executores, porque fuera preuertir la diferencia tan notoria que ay entre vnos, y otros, pues los fideicomissarios son herederos iure directo instituydos, vt ex Dom. Molin. Anton. Gom. & alijs remanet probatum, y los executores no se comprehenden en el titulo de herederos, antes con el que tienen excluyen el serlo, mayormente siendo su oficio executar nudamente la voluntad de los testadores, sin q̃ en ellos concurran las acciones actiuas, y passiuas que en el heredero, *ex l. Lutius, §. Mauia, ff. ad Trebell.* Matienç. *in l.* 14. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopilat. glos.* 1. *num.* 18. D. Valenç. Velazq. *cons.* 35. *num.* 13. *&* 14. Hermosill. *l.* 28. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 1. *num.* 26. *&* 27.

78 ¶ Tùm, porque el dicho don Fernando de Torres instituyò por sus herederos a sus parientes, ibi: *Dexo, nombro, instituyo por mis legitimos herederos a mis parientes*, cuyas palabras convienen con la institucion hecha a los dichos parientes, *l. 1. tit. 3. part. 6. hæredem instituere*, en latin, tanto quiere dezir en romance, como establezer vn ome a otro por su heredero, de manera que finque señor despues de su muerte de lo suyo, ò de alguna partida de ello en lugar que aquel que establezio, tradunt Petr. Peralt. *in prælect. Rub. de hæredib. instit. ex num.* 15. *cum seqq.* Vbensemb. *ad idem titul. num.* 2. Spin. *de testam. glos.* 17. *in princip. num.* 6. *§. vlt. Inst. de hæred. qual. & dif.* Molin. *de iust. & iur. disput.* 155. *nu.* 3. & eos referens Carp. *lib.* 3. *cap.* 9. *à num.* 22. *vsque ad* 25.

79 ¶ Tùm, porque despues de auer instituydo generica, y colectiuamente a sus parientes por sus herederos, el dicho don Fernando de Torres cometiò a el dicho Licenciado Martin Serrano el nombramiento de herederos, y declaracion dellos, y de los bienes que a cada vno auia de asignar, vt proba-

tum

tum relinquimus, sin que en la dicha clausula aya palabra que de ella se pueda sacar aun enunciatiua de que le dexasse algunos bienes el dicho Licenciado Martin Serrano; para que su nombramiento correspondiesse mas al de heredero, que no al de comissario; y assi siendo tan solamente nombrado por comissario; *nullius est momenti*, el dezirse por los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, que el dicdo Licenciado Martin Serrano fue heredero del dicho D. Fernando de Torres, *quãdo verba dict a clausula secundũ propiã significationẽ jum debent intelligi, l. non aliter, ff. de legat. 3. l. cum. lege, ff. de testam. l. 1. §. cum aliter, ff. de aleatorib. cap. ad Audientiam 12. de decimis*, & ex Mant. & August. Barbos. optimè Carp. *dict. cap. 9. num. 30.*

80 ¶ Mayormente quando la propria, y genuina que tienen està manifestando ser correspondientes al titulo de comissario, y no al de heredero, *vt ex cap. cum tibi, & l. 31. Taur. cum sequent.* remanet probatum supra, sin que se puedan entender, ni extender su inteligencia mas que a la sujeta materia de comissario testamentario, en que fue nombrado el Licenciado Martin Serrano, *l. pater, §. donatum, ff. de leg. 2. l. si vno, ff. locati*, & ex Mant. Mascard. Augustin. Barbos. Dom. Castill. tradit Carp. vbi supra num. 31. & 32. ibi: *Quare commissarius vniuersalis mente testatoris propia significatione, & subiecta materia loco hæredis reputari haud quaquam potest; sed vt mandatarius ad exequendam, & perficiendam postremam voluntatem iniunctam iuxta formam, & fines mandati.* Y la razon de diferencia en nombre, y en efectos que ay entre comissario, aunque sea vniuersal, y heredero, lata manu tradit Carpius *vbi supra à num. 21. & per totum caput.*

81 ¶ Et denique, aunque algunos DD. sequentes Inocentium *in cap. cum tibi de testam.* quos refert Carp. *lib. 2. cap. 10. à num. 2. cum sequent. & præcipuè num. 9.* para que subsista la disposicion cometida in alienam voluntatem, iuxta *dict. cap. cum tibi decis.* entre otras razones, *quas aducunt*, para fundar su sentir, vna es, el que se presume el comissario a quien se dexò cometida la disposicion heredero instituydo para que distribuyesse los bienes del testador, *in causis pijs*, cæterùm, los mismos DD. que son del sentir referido lo son de que procede, quando *nullo dato, nec instituto hærede, nec abintestatu vocato, aut anima testatoris pauperibus, seu alijs pijs causis institutis*, vt ipsemet DD. sentiunt quos refert Carp. *lib. 3. dict. cap. 9. à num. 2. vsque ad num.* 8.

82 ¶ El qual no es aplicable (in casu quo versamur)

por-

porque el dicho don Fernando de Torres, aunque generica, y colecti uamente inſtituyò por herederos a ſus parientes (y no inſtituyò a ſu alma por heredera, ni otra obra pia, *ex infra dicendis*) y aſsi no ſe puede conſiderar heredero el dicho Licenciado Martin Serrano, no ſolo ſonando inſtituydos los parientes del dicho don Fernando de Torres por ſus herederos, ſino otra qualquier obra pia que lo fueſſe, optimè Carp. *dict. lib. 3. cap. 9. à num. 21. cum ſequentib. & lib. 2. cap. 10. à num. 11. cum ſeqq.*

83 ¶ Lo vno, porque aunque de pia cauſa entiendan communiter DD. *dict. cap. cum tibi de teſtam.* in eius ſpecie no ſe cometiò la ſubſtancia de la diſpoſicion, ſino la execucion de la voluntad del teſtador, Bald. *in l. captatorias, de teſtam. milit. num. 2. & in l. executorem, de executione rei iudic. num. 7.* Aretin. *num. 3. & 4* Montal. *in l. 6. tit. 5. lib. 3. fori*, Spin. *de teſtam. gloſ. 5. num. 25.* Auend. *in l. 32. Taur. num. 11.* Fachin. *lib. 5. controuerſ. cap. 57.* verſ. *Prior pars epiſtola.*

84 ¶ Y lo otro, porque *dict. cap. cum tibi de teſtam.* para que tuuieſſe ſubſiſtencia la diſpoſicion que ſe propuſo al Sumo Pontifice en la eſpecie del, no auiendoſe nombrado heredero, ibi: *Quod nō videtur decedere in teſtatus*, fue porque *ex præſumpta teſtatoris volūtate*, fue viſto dexar inſtituyda ſu alma, para que el comiſſario deſtribuyeſſe los bienes en beneficio de ella, y ſolo fue el comiſſario mero executor, y mandatario de la diſpoſicion del teſtador, y no heredero ſuyo, ex pluribus fundamentis, & rationibus adductis tradit Carp. *dict. lib. 2. cap. 10. à num. 20.* ibi: *Sed ex quibus colligatur executionem tantummodo in iunctam eſſe in ſpecie huiuſce textus, non ſatis citati patres expendunt.* Y deſpues de auer ponderado la eſpecie, *dict. cap. cum tibi, num. 22.* reſuelve, que iuxta eius deciſionem, aun en pias cauſas, no puede cometerſe en agena voluntad, ni depender della la ſubſtancia de la diſpoſicion, ibi: *Ex quibus deſumitur, quod ex dicto cap. cum tibi argumentari non poteſt, quod vltima diſpoſitio ad pias cauſas in alterius voluntatem conferre valeat cum*, ibi: *De executione perficienda voluntatis morientis agatur principaliter non autem de diſpoſitione commiſſa in voluntatem commiſſarij, taliter, quod ſubſtantia diſpoſitionis ab eo dependeat.*

85 ¶ Y eſta verdadera inteligencia, quam tradunt DD. *circa dict. cap. cum tibi de teſtam.* expreſſamente la comprueua, y califica, *l. 32. Taur.* porque quando ſe dà comiſsion para teſtar, ſin nombrar el teſtador heredero, ni dar poder eſpe-

cial

cial a el comissario en las demas cosas que le expressan *in dict. l.* 31. *Taur.* es decision clara, y expressa *dict. l.* 32. *Taur.* que auiendo parientes del testador pueda el comissario disponer de la quinta parte de los bienes del testador en beneficio de su alma, ibi: *Quando el testador no fizo heredero, ni menos diò poder al comissario que lo fiziesse por el, ni le diò poder para hazer alguna cosa de las dichas en la ley proxima, si no solamente le diò poder para que por el pueda hazer testamento el tal comissario, mandamos, que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le diò el poder, pagando sus deudas, y cargos de servicios, y otras deudas semejantes, y mandar destribuyr por el anima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, y el remaniente se parta entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes abintestato.*

86 ¶ Et inferius, auiendo decidido el caso antecedente son mas ponderables las palabras de que vsò *in dict. l.* 32. *Taur.* en caso que no huuiesse parientes del testador, en que le puso en necessidad al comissario de disponer de los bienes del testador en pias causas, y prouechosas a su alma, ibi: *Sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pias, y prouechosas al anima del que le diò el poder, y no en otra cosa alguna*, y en ambos casos, ò ya aya herederos abintestato, ò ya no los aya, y por esta causa lo sea el alma del testador, el comissario solo es mero executor de la voluntad del testador declarada, è interpretada, *tam ex dict. cap. cum tibi, quam dict. l.* 32. *Taur. decisione*, Carp. *dict. cap.* 10. *num.* 24. *&* 25.

TERCERA EXCEPCION QVE OPONEN los dichos Baltasar de Xariza, y consortes.

87 ¶ Es dezir, que se puede conferir en ageno arbitrio, no solo la eleccion de las personas, si no la substancia de la disposicion, quando esta es ad pias causas, ex Bart. Bald. Paul. Castrens. Ang. Aret. Paris. Anton Gab. tradit Tiraquell. *de priuilegijs piæ causæ, priuileg.* 64. & alijs tradit Carp. *lib.* 3. *cap.* 9. *à num.* 2. *vsque ad* 6. y que esto procede en el caso de este pleyto, respecto de que el dicho don Fernando de Torres entre sus parientes instituydos por herederos, prefiriò a los que fuessen virtuosos, y se inclinassen al estudio, cuya calidad califica el ser la dicha institucion, y disposicion ad piam causam, tradit Tiraq. *in præfact. dict. tractatus de priuilegijs piæ causæ, §. item relictum,*

tum, ex Bart. *in l.* 1. *ff. solut. matrim* & eum referens Pater Bonazin. *de contract. tom.* 2. *disput.* 3. *quæst.* 17. *punct.* 8. §. 2. 1. *opposition.* vers. *Idem valet.*

88 ¶ Y que tambien el auer dexado cometida al dicho Licenciado Martin Serrano la distribucion de sus bienes, para que la hiziesse entre los parientes del dicho don Fernando de Torres, esta fue en contemplacion de ser los susodichos pobres, y siendolo es obra pia, Bald. *in l.* 1. *C. de Sacrosanct. Eccles.* Tiraquell. *in dict. prœemio, aut præfactione*, vers. *Quod adeò verùm est*, Pater Bonazin. vbi supr. Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 10. *num.* 14.

EXCLVSION DE LA EXCEPCION ANTEcedente

89 ¶ Ex sequentibus, porque aunque desta excepciõ no se han valido los dichos Baltasar de Xariza, y consortes hasta que se propuso a la vista deste pleyto por sus Abogados con vn supuesto incierto, porque en la clausula del testamento del dicho don Fernando de Torres no ay causa pia que se pueda considerar en la disposicion de sus bienes, y en lo demas que queda referido, ni que de sus palabras se pueda inferir, ni sacar causa pia alguna en la dicha disposicion.

90 ¶ Tùm, porque Bart. *in dict. l.* 1. *ff. solut. matrim. in fin.* despues de auer referido los preuilegios que tienen por derecho los creditos de dotes, dixo tambien los que asistian, Doctoribus, & Scholasticis, *iuxta l.* 1. *C. de stud. liber. Vrb. Roma*, y lo que resolviò fue, que concurriendo credito de dote, y credito originado causa studij fuessen, ambos preuilegiados a otros acreedores, considerandolos iguales en el preuilegio, ibi: *Quia per scientiam efficitur Doctor, & leget, vel erit Magistratus, vel Papa, vel Cardinalis, vt quotidie videmus, & sic ex dict. glos. & ex ista summa argumentatur, quod debitum causa studij, & debitum causa dotis concurrunt cum sint paria*, sin que en manera alguna Bart. *in dict. l.* hable en que el legado, ò herencia, dexada causa studij, se puede llamar pia causa, ni le asistan preuilegios para alterar la disposicion de derecho comun que queda referido.

91 ¶ Y Tiraquell. referens Bart. sin otro fundamento passa a dezir que se podrà llamar legado pio el que se dexa causa studij in præfactione de præuileg. pię causę, vers. *Item relictum*, ibi: *Item relictum causa studij potest, etiam dici pium per*

id

id quod voluit Bart. in l. 1. ad fin. & omnes, ff. solut. matrim. quod causa dotis, & causa studij concurrunt, & equiparãtur, porque esta equiparacion es respecto del preuilegio que asiste al legado dexado para estudiar quando se pide, y concurren otros creditos, y se halle con preuilegio, y tenga cabimiento para que se pague, no empero para que se sustente en fuerça de obra pia, y en esto nec vllum verbum profitentur dict. DD.

92 ¶ Antes Bald. *in repetit. l. 1. colum. 12 ff. de legat. 2.* fue de sentir, que el legado dexado causa studij no se puede considerar ad pias causas, si no se expressò que auia de ser de Sagrada Teologia, *porque como en la disposicion pia se* deue atender al beneficio, y sufragios del alma del testador, vt notant DD. *in cap. cum tibi, de testam.* & alijs iuribus, & præcipuè *Ses. 22. Cõcil. Trident. de refor. cap. 8.* latè Carp. *lib. 1. cap. 2. à num. 2. cum sequent.* y del mismo sentir que Bald. fueron Rafael Cum. *cons. 28. per totum, & in l. illud, C. de Sacrosanct. Eccles. & in l. si quis Titio, ff. de legat. 2.* & Iason *in l. 1. in 1. lectione, colum. penult.* vers. *Attamen, C. de Sacrosanct. Eccles. & in dict. l. 1. colum. vlt. ff. solut. matrim.*

93 ¶ Bonazin. *de contract. dict. disput. 3. quæst. 17. punct. 8. 1. proposit.* vers. *Idẽ valet, circa mediũ,* referens Tiraq. vbi supra, fue de contrario de sentir, porque para que se le considere el legado pio no basta que se dexe causa studij, si no se expressa por el testador que lo dexa, *eius misserationis, & paupertatis legatarij causa,* ibi: *Et alij qui hoc idem sentiendum putant de legato relicto causa studij, vel Doctoratus, sed hoc per se loquendo non aprobo, nisi fiat in vtilitatem pauperum,* y como quiera que se consideren las autoridades referidas, alio diuerso casu loquuntur, y no son aplicables, ni pueden serlo en el de este pleyto, y demas de esto no concurre la calidad referida en los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, porque a quien solo asiste es a los hijos de la dicha doña Maria de Torres, vt infra dicemus in 2. articulo.

94 ¶ Tùm à maiori ratione procedit, el que asimismo no son aplicables al caso deste pleyto los DD. referidos supra num. 87. porque hablan quando se dexa el legado a vn pobre que se halla con la calidad de pariente, Dom. Valenç. Velazq. *dict. cons. 10. num. 14.* ibi: *Præcipuè cum huiusmodi legatum ex alio etiam capite sit pium, quia vtpotè relictum pauperi consanguineo, quia legatum pauperi etiam coniuncto relictum dicitur ad pias causas.*

95 ¶ Y la causa para que sea pio el legado dexado en

la forma referida, no es porq̃ lo haga el ser el legatario pariente del testador, sino respecto de ser pobre, cuya calidad lo haze piadoso, y el preuilegio que adquiere no es para que se sustente la disposicion nula, y viciosa (como fue la del dicho don Fernando de Torres) sino para que no se desfalque de el la quarta falcidia, glos. verbo, *decreuerit, in cap. 2. de sepult. & sentiunt,* Dom. Valenç. Velazq. vbi supra, cæterique DD. adducti quos refert, & sequitur, & notant communiter DD. *in l. si quis ad declinandam, C. de Episcop. & Clericis,* vbi Augustin. Barbos. *num.* 19. plures cumulat.

96 ¶ Tùm, porque quando el dicho don Fernando de Torres en la dicha clausula huuiesse declarado su voluntad, y que esta era, de que se destribuyessen sus bienes entre pobres parientes suyos, y se le huuiesse dado facultad al dicho Licenciado Martin Serrano para su destribucion, no podia hazerla, si no es entre los parientes mas cercanos, aunque fuessen menos pobres, porque concurriendo la calidad de pobreza, y de afeccion, *ratione consanguinitatis,* la disposicion hecha en la forma referida solo se considera en contemplacion de esta, y no en contemplacion de aquella, scilicèt, ratione paupertatis vtrumque, resoluunt Peralt. *in l. vnum ex familia, §. si de falsid. núm.* 13. *ff. de legat.* 2. Nicol. Garc. *de Benef. part.* 7. *cap.* 15. *num.* 17. Gutierr. *cons.* 26. *per totum,* Azeued. *cons.* 16. *à num.* 2. *cum sequent. præcipuè à num.* 19. August. Barbos. *in l. si quis ad declinandam, C. de Episc. & Cleric. num.* 18. Dom. Castill. *lib.* 5. *controuers. cap.* 67. *num.* 18.

97 ¶ Vltra, porque el dicho don Fernando de Torres aunque en la clausula de su testamento suenen instituydos por sus herederos sus parientes, neque vllum verbum, que se hallara de que instituyesse a los que fuessen pobres, y prefiriesse aquellos en quien concurriesse esta calidad (y solo lo que estàn manifestando las palabras expressas della, es, el que quãdo se pudiera sustentar la institucion de herederos ex infra dicendis in 2. articulo) que en contemplacion de la consanguinidad, y parentesco hizo la dicha institucion, y no de la calidad de pobreza; ademas, que los dichos Baltasar de Xariza, y consortes no se hallan con ella, ni han hecho articulo, ni prouança por donde conste, y quien tiene prouado el que son pobres es la dicha doña Maria de Torres, y quatro hijos suyos, constando asimismo que son los parientes mas cercanos del dicho don Fernando de Torres; y quando el dicho don Fernando de Torres huuiesse expressamente instituydo por sus herederos a sus parientes pobres,

esto

esto no pudiera ocasionar a que pudiera depender de el dicho Licenciado Martin Serrano la substancia de la dicha disposicion, como queda dicho à num. 81. cum sequentibus, etiã in casu quo loquuntur las autoridades referidas num. 87.

ARTICVLO SEGVNDO.

EN QVE SE FVNDA, QVE QVANDO LA institucion de herederos del dicho don Fernando de Torres, y la comission dada al dicho Licenciado Martin Serrano pudiera tener alguna subsistencia, quia de ser regulandola conforme a la dicha institucion, y disposicion de derecho.

98 AVNQVE con lo que dexamos fundado in 1. artic. està bastantemente reconocido el notorio derecho que tiene la dicha doña Maria de Torres y Armero a los bienes del dicho don Fernando de Torres su tio, como su vnica, y vniuersal heredera abintestato, y el que los dichos Baltasar de Xariza, y consortes estan notoriamente excluydos del derecho que pretenden tener a los bienes del dicho don Fernando de Torres.

99 ¶ Adhùc, considerando que el testamento de dicho don Fernando de Torres pudiera subsistir (*quod negamus*) como pretenden los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, *haberet intentum*, la dicha doña Maria de Torres y Armero(porque no siendo valido respecto de no auer declarado herederos el dicho don Fernando de Torres, iuxta latè tradita in 1. artic.) se pretende que lo es, porque bastaron las palabras de la dicha institucion, ibi: *Instituygo por mis herederos legitimos a mis parientes*, porque instituydos en esta forma solo lo estàn los que auian de heredar sus bienes abintestato, *l. 3. §. de illo, ff. pro socio*, ibi: *De illo quæritur si ita societas, vt si qua iuxta hæreditas alterustri obenerit communis sit, qua iusta hæreditas, vtrumque iure legitimo obenit, an etiam ea, quæ testamento? Et probabilius est ad legitimam hæreditatem hoc pertinere, l. illud 77. ff. de acquir. v. omit. hæred.* ibi: *Illud dubitari potest an si cum testamento hæres institutus essem ab eo, qui etiam si abintestatus decisisset legitima hæreditas eius ad me pertineret, an simul vtrãque hæreditatem repudiare possim.* Et inferius, ibi: *Videbor ante repudiare testamentum, & ita legitimam acquisisse*, & ex

his

his iuribus Mant. *de coniect. vltim. volun. lib. 11. tit. 1. num.* 10. Alexand. *in l. ex facto, §. vltimo, num. 9. ff. ad Trebell.* Ruin. *cons. 174. num. 6. & 7. volum. 2.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 32. num. 49.* Fusar. *de substit. quaest. 339. num. 79.* August. Barb. *de appellat. verb. appellat.* 113. verbo, *hæres, num. 24.* ibi: *Si testator legitimos hæredes vocasset, quia intelligeretur vocasse illos, quibus abintestato ex lege debetur hæreditas,* Rustic. *lib. 3. cap. 3. num. 36.* Dom. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 96. num. 25.*

100 ¶ Quod etiam procedit attenta iuris Reg. dispositione, scilicèt, *dict. l. 32. Taur.* que solo tiene por legitimos herederos en la sucessiondè transversales a aquellos que abintestato lo son del testador, ibi: *Y el remaniente se parta entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes abintestato,* con que auiendo el dicho don Fernando de Torres instituydo por sus herederos legitimos a sus parientes (y siendolo solo los que sucedieran en sus bienes abintestato, ex iam dictis) y concurriendo solo en la dicha doña Maria de Torres la calidad de legitima heredera, tam expressa voluntate testatoris, quam ex dispositione legis, Ioann. Lup. *in dict. l. 32. Taur. num. 11. & 12.* Tell. Fernan. *num. 3.* Matienç. *in l. 6. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 4. num. 2. & glos. 6. num. 1. & in l. 1. eod. tit. glos. 10. nu. 47. & 56. & glos. 13. n. 1.* Azeued. *in l. 7. tit. 11. lib. 5. Recop. nu. 20.* es sin fundamento el pretender los dichos Baltasar de Xariza, y consortes que estàn comprehendidos en la dicha institucion de herederos, pues no concurre en ellos la misma calidad.

PRIMERA OBJECCION QVE PODRAN hazer los dichos Baltasar de Xariza, y consortes.

101 ¶ Que auiendo el dicho don Fernando de Torres vsado de palabras de pluralidad en la institucion de herederos, ibi: *Legitimos.* Et ibi: *Parientes*, y en ellas esten entendidos los que le auian de suceder abintestato, y aunque la dicha doña Maria de Torres y Armero se halle con la dicha calidad, como hija de hermana, vtrimque coniuncta, del dicho don Fernando de Torres, siendo vnica, no se puede verificar en ella la pluralidad de la institucion, *l. fin. ff. ad Trebell. l. legato, §. qui plures, ff. de legat. 2. l. 1. ff. de opt. leg. cap. is cui 1. de Præbend. in 6. cap. pluralis de Reg. iuris in 6.* & ex Menoch. Decian. Surd. Tiraq. Dom. Castill. *lib. 6. cap. 121. num. 4.*

RES-

RESPVESTA A LA OBJECCION ANTEcedente.

102 ¶ Lo primero, porque auiendo el dicho don Fernando de Torres instituydo por sus legitimos herederos a sus parientes, y verificandose esta calidad *tantum* en la dicha doña Maria de Torres, y concurriendo al tiempo que muriò el dicho don Fernando de Torres, y no en los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, la pluralidad que suena en la institucion se conuierte, y reduze a la singularidad de la persona de la dicha doña Maria de Torres, en quien se verificò tempore mortis testatoris, *l. falsa, §. fin. ff. de condit. & demonstrat. l. 2. §. fin ff. de condit. instit. l. 1. C. de condit. incertis, l. iubemus, § sin autem, C. ad Trebell. cap. vnic. de duobus fratrib.* à Capit. *in vestit. in vsibus feudor. glos. celebris, & singularis, in cap. omnes leges 1. distinct.* verbo, *omnes leges*, Ioann. Gutierr. *cons. 4. num.* 14. ibi: *Itaque pluralis loquutio tùm verificetur in singulari quando non potest verificari in plurali*, & ex his iur. & multis authoritatibus Dom. Castill. *dict. lib. 6. cap. 121. num.* 17. ibi: *Caeterùm adque ex contrario, quod pluralis numerus, aut loquutio resolvatur in suas singularitates, & sic in quodlibet verificetur videre apertè probare*, text. *in l. falsa, §. fin. ff. de condit. & demonstrat.*

103 ¶ Lo segundo, porque aunque la dicha institucion suena hecha con relacion, *ad plures*, esta se conuierte en singularidad, quando *sortitur suum effectum distinctum, & consumatum*, en vna persona sola, y quando en ella concurre, *tantum*, la calidad que auia de concurrir en otras para verificarse en ellas la pluralidad, expresse probat text. *in l. falsa, §. fin. in cuius specie his verbis testator legauit*, ibi: *Sticum, & Pamphilum Titiodo, lego, si mei erunt cum mortar*, y auiendose enagenado vno de ellos, y solo auiendo quedado el otro esclauo del testador, *tempore mortis*, se dudò si el legatario podia pedir a este, auiendo sido el legado de ambos, dexado con pluralidad; y siendo asi, que ya faltaua, y qne no se podia verificar en vn solo esclauo, como este se hallaua con la calidad de serlo del testador, *tempore mortis*, vt ex ipsis verbis, *si mei erunt cum mortar*, resoluiò el Iurisconsulto, que le tocaua al legatario el esclauo que auia quedado, y que se subsistiò la disposicion en el, por concurrir la dicha calidad, aunque *plurale sermone*, loquutus fuit testator, & senciunt Curc. *in l. 1. C. de impuber. col. 1. & in l. haeredes*

redes mei, *§. cum ita de legat.* 2. Immol. *conf.* 113, *num.* 13. Cephal. *conf.* 262. *num.* 14. *lib.* 2. & ex Ruin. Hieronym. Gabriel. Angel. Decio, Gutierr. vtrumque probat Dom. Castill. *dict. lib.* 6. *num.* 33. ibi: *Vbi pluralis illa loquutio duorum seruorum qui legati fuerant sub conditione si testatoris essent cum moreretur ipse testator verificatur in vno tantum seruo, quia ille dumtaxat testatoris erat tempore mortis, id circo si in vtroque verificari posset minime resolueretur in vno.* Et num. 34. ibi: *Ita pluralitas resoluitur in singularitates quando est relata ad plures, & in persona cuiuslibet sortitur suum effectum distinctum, & consumatum, prout probatur in dict. §. fin. dict. l. falsa.*

104 ¶ Con que los dichos Baltasar de Xariza, y consortes solo pudierã pretender estar comprehẽdidos en la institucion, ibi: *Por mis legitimos herederos a mis parientes*, quando en el tiempo que muriò el dicho don Fernando de Torres huuiera muerto, no solo la dicha doña Maria de Torres, sino todos los dichos quatro hijos suyos que despues de su muerte, como parientes mas cercanos estauan comprehendidos en la dicha institucion, por hallarse en grado menos cercano que la susodicha, *ex l.* 1. *ff. de gradib.* & ex iuribus vulg. porque en este caso como se hallauan todos los dichos, Baltasar de Xariza, y consortes en vn mismo grado de parentesco, y concurria en ellos la calidad, ibi: *Legitimos*, para poder ser herederos abintestato de el dicho don Fernando de Torres, pudierã pretender estar comprehendidos en la institucion de herederos que hizo, no empero quando al tiempo que muriò el dicho don Fernando de Torres, *tantum*, se hallaua la dicha doña Maria de Torres con la calidad de heredera legitima, sin que en otros algunos concurriesse la dicha calidad, aunque pudiesse concurrir, y asi la dicha institucion de herederos, habuit suum effectum distinctum, & consumatum, en la dicha doña Maria de Torres, por verificarse en ella, *tempore mortis testoris*, la calidad de legitima heredera, que se pudo verificar en otros auiendo muerto la susodicha.

SEGVNDA OBJECCION QVE PODRAN hazer los dichos Baltasar de Xariza, y consortes.

105 ¶ Que quando se verificara la pluralidad de la institucion referida en la dicha doña Maria, fuera quando el dicho don

 529

don Fernando de Torres huuiera vsado en la clausula de su testamento, *tantum dictis verbis: Instituygo por mis legitimos herederos a mis parientes*, pero no quando explicò mas su voluntad, cum sequentibus, ibi: *Para que el dicho residuo entre en poder del dicho Licenciado Martin Serrano mi tio, y lo reparta, y distribuya como mejor le parezca*, porque estas presuponen facultad de elegir, y para hazerlo pluridad de personas, §. 2. *Instit. de assignat. libert. dict. l. vnum ex familia*, §. *si de falsidia*, & §. *si duo*, *ff. de legat.* 2. vbi notant communiter DD. & ex Dom. Molin. & alijs Dom. Castill. *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 51.

RESPVESTA A LA OBJECCION ANTEcedente.

106 ¶ Porque aunque la comission, y eleccion que los dichos Baltasar de Xariza, y consortes pretenden se le diò por el dicho don Fernando de Torres al dicho Licenciado Martin Serrano, *ex l. cum quidam vnum ex familia de legatis* 2. queda desvanecida *in primo articulo per totum*, y respondido à los dichos textos, y en los casos que hablan, que son de fideicomisso, que no son aplicables al caso de este pleyto, discurriendo en el supuesto, *de quo loquimur in hoc articulo*, de los fundamentos que en el primero quedan ponderados por los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, de ellos mismos se comprueua los que en este quedan referidos por la dicha doña Maria de Torres y Armero.

107 ¶ Respecto de que la institucion de herederos de el dicho don Fernando de Torres fue hecha nomine colectiuo, y aunque despues diesse comission al dicho Licenciado Martin Serrano pera que declarasse las personas de los herederos, y destribuyesse sus bienes, esta comission, y facultad quedò restringida al pariente mas cercano del dicho D. Fernãdo de Torres, *l. cum ita*, §. *in fideicomm. l. peto*, §. *fratre, de leg.* 2. §. *si plures. Inst. de legitim. agnat. succes. l. haredes mei*, §, *cum ita*, *ff. ad Trebell. l. fin. C. de verb. signif.* Matienç. *in l.* 7. *glos.* 5. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop. num.* 15. ibi: *Quod si plures persona nominè vocantur generali in definito, vel collectiuo, putà familia generis cognatorum, consanguineorum, liberorum, postertorum, descendentium, & id genus similium censentur vocati ordine successiuo, vt scilicet, proximior primo loco quo cessante, vel deficiente, qui eum proxima sequitur, & cateri deinceps ordine veniant*, y con es-

ta distincion entienden comunmente omnes Doctores dicta iur. *& dict. l. vnum ex familia, de legat. 2.*

108 ¶ Dom. D. de Paz *de tenuta, cap. 34. num. 129.* ibi: *Illud enim compertissimum est in fideicommisso familia, vel descendentia, nomine collectiuo relicto debere admitti ordine successiuo eos qui sunt de familia, vel descendentia, l. vltim. C. de verb. sign. l. cum ita, §. in fideicommisso, l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. Aliud est si fideicommissum relictum sit inter personas familia, tùnc enim possunt praferri remotiores, l. filius fam. 5. §. cum pater, ff. de legat. 1. l. vnum ex fam. §. si de falsidia, ff. de legat. 2.*

109 ¶ Et Dom. Castill. *lib. 5. controuers. cap. 67. nu. 19. & 20.* hanc distinctionem sequens idem resolvit, ibi: *Quod cum familia res relinquitur potest hares vnum quemlibet, etiam posterioris gradus eligere, nec alijs proximiores conquari possunt: Inquit enim id procedere quoties vni ex familia fuit relictum, tùnc namque potest hares, quem voluerit eligere, quia ei electio data inter eos, qui ex familia testatoris procedant secus verò, si familia simpliciter relinquatur, & à fortiori si proximior vocetur quoniam tùnc hares non potest eligere, & si fecerit admittentur proximiores, & citat Tiraq. Plurimorum authoritate probantem, quod si plures persona vocantur nomine generali indefinito, vel collectiuo, puta familia, generis, cognatorum, consanguineorum, liberorum, posteriorum, aut descendentium, & id genus similium censentur vocati ordine successiuo, vt scilicèt proximior primo loco, & eo cessante, vel deficiente, qui eum proximè sequitur, & cateri deinceps eo ordine veniant.*

110 ¶ Tùm etiam, porque ademas de lo referido concurre en la dicha doña Maria de la Paz Tòrres y Armero la afeccion que el dicho don Fernando de Torres su tio le tenia, *ex dict. §. si pluris. Institut. de legat. agnat. succes.* & alijs iuribus, & authoritate tradit Azeued. *cons. 16. nu.* 18. *&* 19. ibi: *Semperque proximiores puella censentur vocata, eo quod quoties inuitantur ad aliquod relictum inter quos cadere potest ordo charitatis, & affectionis videntur inuitati ordine successiuo secundum ordinem affectionis, qua affectio colligitur penes proximiores.*

111 ¶ Dom. Castill. *dict. cap. 67. num. 20.* circa medium, referens Azeued. hæc verba: *Profert quod quotiescumque plures inuitantur ad successionem, vel aliquod relictum inter quos cadere potest ordo charitatis, & affectionis, videntur inuitati ordine successiuo secundum ordinem affectionis, qua affectio prasumitur ad proximiores.*

Vltra,

530

112 ¶ Vltra, porque aunque en la dicha clausula ay otras palabras, ibi: *Anteponga, y prefiera a los parientes virtuosos que se inclinaren al estudio*, como no concurre esta calidad en los dichos Baltasar de Xariza, y consortes, *non in moramur*, en fundar que son de la misma calidad de la institucion, y que se restringe a la forma, y naturaleza de ella, iuxta notata à DD. *in l. ex facto, ff. de vulgar. & pupil. substit.* & traditis à D. Castill. *lib. 5. coniect. cap. 90. à num. 22. 23. cum seqq.*

113 ¶ Porque solo concurriò al tiempo que otorgò su testamento, y de la muerte del dicho don Fernando de Torres, en Lorenço, Iuan, y Andres de Torres, hijos de la dicha doña Maria de Torres, que como parientes tan cercanos suyos (quando se hallaran con la misma calidad dicho Baltasar de Xariza, y consortes, y se considerara la facultad, y comission dada a el dicho Licenciado Martin Serrano con subsistencia alguna) vsando de ella, auian de ser preferidos los hijos de la dicha doña Maria de Torres, por la mayor proximidad que tienen con el dicho don Fernando, y dicha calidad, argum text. *in l. qui habet, ff. de tutel.* vbi Bart. *§. si plures. Inst. de legitim. agnat.* & probant Peralt. *in l. vnum ex familia, §. sine falsidia, num. 13.* Azeued. *dict. cons. 16. ex num. 13. vsque ad 21.* Dom. Perez de Lara *de Capellanijs, lib. 2. cap. 2. ex num. 7.* Zeuall. *communes contra commun. quæst. 265. ex num. 5.* & ex alijs Dom. Castill. *dict. lib. 5. cap. 67. num. 18. & 19.*

114 ¶ Y aunque Sebastian Delgado, casa 23. pudiera dezir, que en concurso de los hijos de la dicha doña Maria de Torres, se hallaua en el mismo grado de parentesco con el dicho don Fernando, por ser nieto de otra hermana del susodicho, no concurre en el el ser estudiante, como lo son los hijos de la dicha doña Maria de Torres, y quando concurriera auiendo el dicho don Fernando de Torres hecho memoria del susodicho, dexandole vn legado de trezientos ducados, no puede considerarse comprehendido en lo general de la dicha disposicion, antes excluydo de ella, *l. quo hæredi, §. qui patrem, ff. de vulgar. & pupil. subst. l. alimenta, §. Basilice, ff. de alimentis, & ciuaris legat. l. fete 20. ff. de fundo extructo,* Dom. Castill. *lib. 5. conect. cap. 95. num. 28.*

115 ¶ Et denique, porque siendo como es notorio el derecho que asiste a la dicha doña Maria de Torres, la facultad, y comission dada a el dicho Licenciado Martin Serrano, nullius est momenti, & dato casu, sed non concesso, que pudiera subsistir en alguna forma, fue de arbitrio regulado, y no de voluntad libre, y absoluta.

Lo

116 ¶ Lo primero, porque las palabras dict. clausulę, ibi: *Como mejor le pareZca*, son de arbitrio regulado, *l. Thais, l. fideicommissaria libertas, ff. de fideicomm. libertat.* vbi Bart. *& in extravaganti ad reprimendum*, verbo, *videbitur*, & ex Alexand. Menoch. Farin. August. Barbos. tradit Noguer. *allegat. 9. num.* 81.

117 ¶ Lo segundo, porqne despues ay otras, ibi: *Todo a su disposicion, y voluntad*, estando todas en el contexto de vna clausula, y refiriendose estas a las antecedentes, son todas de arbitrio regulado, probant Bart. *in dict. l. Thais, & in extravagante ad reprimendum*, & ex alijs Noguer. *dict. allegat. 9. num.* 81. *&* 82. ibi: *A su libre advedrio, y eleccion voluntaria.* Et inferius, ibi: *Cui satis fit primo nam ante dictā verba inveniuntur alia, quae qualificant, & restringunt potestatem doct. del Campo, en la forma, y en los cargos, vinculos, y sucessiones, y condiciones, y llamamientos que le pareciere, è verbum videbitur significat arbitrium regulatum, non absolutum.*

118 ¶ Et quod magis est, que siendo la dicha institució hecha nomine colectiuo, quedò regulada la dicha facultad a la institució, parientes q̃ se comprehēdierō en ella, vt ex Peralt. Matienç. Mier. Zeuall. Azeued. & D. Castill. probatum relinquimus, con que auiendo quedado la dicha doña Maria de Torres comprehendida en la dicha institucion, a quien el dicho Licenciado Martin Serrano deuiera nombrar es a la susodicha.

119 ¶ Y a lo que mas pudiera extenderse quando tuuiera por calidad precisa de la dicha institucion, *la de ser estudiantes*, auia de nombrar a los dichos tres hijos de la dicha doña Maria de Torres, asi porque se hallauan con la dicha calidad, como por ser los parientes mas cercanos del dicho don Fernando de Torres, aunque huuiera otros que se hallaran con ella, siendo estos mas remotos por deuerse regular a los grados de proximidad, sin poder el dicho Licenciado Martin Serrano extender la dicha comision a otros, vt senciunt DD. supra relati.

120 ¶ Et per se patet, de la distribucion que hizo el dicho Licenciado Martin Serrano, el fraude tan manifiesto con que procediò, pues deuiendo regularla, como queda referido se instituye, y declara por heredero en mil y quinientos ducados, no pudiendo hazerlo, *cap. per vestras, de iur. patron. cap. fin. de institut.* Peralt. *in dict. l. vnum ex familia, §. rogo, num.* 4. Palac. Rub. *in l.* 31. *Taur. num.* 61. & ex Dom. Castill. & alijs Carp. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 33. *& lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 3.

121 ¶ Y demas de esto declara por herederos del dicho

cho don Fernando de Torres en vna parte a Lorenço de Luque, casa 28. y en otra a Leonardo, Agustin de Luque su nieto, casa 30. quando consta del testamento que otorgò el dicho Licenciado Martin Serrano, que està presentado en los autos, instituyò por su heredero en mas de treynta mil ducados que dexò por fin y muerte al Licenciado Geronimo Muñoz de Luque, hijo del dicho Lorenço de Luque, y tio del dicho Leonardo Agustin, por ser Eclesiastico, y Vicario de la dicha villa de Carcabuey, y que estuuiessen los bienes exemptos de las contribuciones ordinarias.

122 ¶ Y tambien otra parte a Maria Gonçalez, casa 27. y otra a Sebastian de Luque, casa 31. y otra a Martin Lopez de Luque, casa 32. por ser estos hermanos del dicho Lorenço de Luque, y aquella hija de otra hermana suya, y otra parte a Miguel Sanchez Camaras Altas, casa 34. y otra a Maria Ximenez, casa 36. el vno primo hermano del dicho Lorenço de Luque, y la otra hija de primo hermano del susodicho, y a todos los referidos les dexa siete partes de treze en que diuidiò todos los bienes de herencia que dexò el dicho don Fernando de Torres, respecto de tener en su casa al dicho Lorenço de Luque, y sus hijos, y nietos, que se hallauan siendo dueños de la voluntad, y bienes que tenia el dicho Licenciado Martin Serrano, como lo tiene verificado la dicha doña Maria de Torres, y por ser los demas de esta misma parentela, y de casi igual afeccion, por ser de la linea del dicho Licenciado Martin Serrano, y a la dicha doña Maria de Torres, casa 15. siendo hija de hermana del dicho don Fernando de Torres solo le dexa vna parte, y cien ducados mas, y teniendo la susodicha vna hija donzella, y pobre, casa 16. y a los dichos Lorenço de Torres, casa 17. Iuan de Torres, casa 18. Andres de Torres, casa 19. tambien pobres, y con la calidad de estudiantes, y sin tener para proseguir sus estudios, como lo tienen verificado, siendo nietos de hermana del dicho don Fernando de Torres no les señalò parte alguna, y sin concurrir en Sebastian Delgado, casa 23. la calidad de estudiante que concurre en los dichos tres hijos de la dicha doña Maria de Torres, ni la del sexo, y estado de la dicha su hija, y auiendole dexado vn legado de trezientos ducados, y estando con ellos excluydo, vt remanet dict. num. 114. le dexa otra parte por nieto de hermana del dicho don Fernando de Torres, señalandoles assimismo siete partes a los referidos por hijos, nietos, y visnietos de hermanos de madre del dicho don Fernando de Torres.

123 ¶ Y por honestar el nombramiento, y assigna-

cion

cion de partes referidas, asignò otra parte a Baltasar de Xariza, casa 3. y otra a doña Iuana de Armero, casa 4. y otra a doña Iuana Maria de Torres, viuda de Pedro Gomez, casa 12. y otra a Christoual de Martos, y a sus hermanos, casas 7. 8. 10. 11. y assimismo, porque los susodichos luego que muriò el dicho don Fernando de Torres, y como personas que tienen caudal, pretendieron tener derecho a sus bienes, reconociendo la contradiciõ que le podian hazer se convino en comprehenderlos en la dicha distribucion, y les otorgò poder, que consta de los autos, considerando los parientes del dicho don Fernando de Torres, como hijos, y nietos de hermanos del padre del susodicho, y que en concurso de los parientes del dicho Licenciado Martin Serrano se hallauan con el preuilegio de mejor linea, vt tradunt communiter DD. *in l. cum pater, §. a te peto maritt, de leg. 2. & l. hæredes mei, ff. ad Trebell.*

124 ¶ *Et quod magis ponderatione dignum*, en la dicha distribucion, que por auerle dexado vna parte de treze a la dicha doña Maria de Torres, no assignasse otras a los dichos quatro hijos suyos, y en estos restringiesse el arbitrio, auiendolo extendido tanto en todos los demas.

125 ¶ Ex quo probenit, que ademas de no tener subsistencia la dicha distribucion, *vt remanet probatum in 1. artic. per totum*, ella misma està manifestando el fraude, y dolo con que se hizo en contravencion de lo dispuesto, *per dict. l. 31. Taur. quod tantum de suo remedio probidit eius decisio, vt resoluunt omnes DD. relati in primo artic.*

ARTICVLO TERCERO.

EN QVE SE FVNDA (CON EL SVPVESTO *referido en el antecedente) que no auiendo vsado el dicho Licenciado Martin Serrano en tiempo legitimo de la comission que se le diò, espirò qualquiera que pretendiera tener.*

126 PRESVPVESTO que el dicho Licenciado Martin Serrano fue nombrado por comissario para que dispusiesse de los bienes del dicho don Fernando de Torres, y que fuesse, *tantum*, comissario, *vt remanet probatum in 1. artic. à num.* *cum seqq.* auiendo muerto el dicho don Fernando de Torres en esta ciudad, y viuiendo el dicho Licenciado

cenciado Martin Serrano en dicha villa de Carcabuey, que està distante doze leguas, deuiò dentro de seys meses cumplir la voluntad de el dicho don Fernando de Torres, y passados no pudo vsar de la dicha comission, y facultad, ni hazer la dicha distribucion, auiendo muerto el dicho don Fernando de Torres *por Março de 659.* sonando hecha la dicha distribucion, y escritura de ella por el mes de Febrero del año passado de 663. cerca de quatro años despues, *l. 7. tit. 4. lib. 5. Recop. l. 33. Taur.* cuius verba sunt hęc: *El comissario para hazer testamento, ò mandas, ò para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de hazer de los bienes del testador, no tenga mas termino de quatro meses, si estaua al tiempo que le diò el poder en la ciudad villa, ò lugar donde se le diò el poder, y si al dicho tiempo estaua ausente, pero dentro de nuestros Reynos, no tenga, ni dure su poder mas de seys meses, y si estuuiere fuera de los dichos Reynos al dicho tiempo, tenga termino de vn año, y no mas*, Azeu. *in dict. l. 7. num. 4.* Matienç. *in eadem l. glos. 2. num. 1.* Padill. *in dict. l. cum quidam, de leg. 2. num. 28.*

127 ¶ *Et in tantum procedit dict. ll. decisio*, que no puede valerse el comissario de impedimentos, ignorancia, ni restituyrse, *contra lapsum dict. temp.* ni se le puede admitir alguna omision, aunque concurra en el el preuilegio de menor, porque los terminos asignados son exclusiuos de otros algunos, vt ex Dom. Couarr. Anton. Gom. Castill. Matienç. Azeued. qui alios tradunt resolvit Carp. *de execut. testam. lib. 3. cap. 1. à num. 33. vsque ad 36.*

128 ¶ Con que en el supuesto referido de que pudiera subsistir la dicha comissiõ, y facultad respecto de no auerse dado con la formalidad que se requiere, *per dict. l. 31. Taur.* nombrãdo por su nombre heredero, vt supponunt *dict. ll. 7. tit. 4. lib. 5. Recopil.* & 33. *Taur.* adhùc, se hallara la dicha doña Maria de Torres heredera, *ex dict. ll.* del dicho don Fernando de Torres su tio, ibi: *Y vengan los dichos bienes a los que los auian de heredar abintestato*, y con mayor razon no auiendo el dicho don Fernando de Torres nombrado, ni contenido el poder que le diò al dicho Licenciado Martin Serrado la formalidad que se requiere, *per dict. l. 31. Taur.* porque el testamento del dicho don Fernando de Torres referido, solo lo es por la formalidad que manifiesta su otorgamiento, porque para la instituciõ de herederos se reduze a la dicha clausula, que solo es de comission, y facultad dada sin forma alguna al dicho Licenciado Martin Serrano, quã de causa, se halla la dicha doña Maria de Torres here-

heredera del dicho don Fernando de Torres su tio, ex dispositione legali, repecto de ser su parienta mas cercana, vt ex Matienç. Azeued. & alijs probatum relinquimus supr.

129 ¶ Ex quibus omnibus, queda fundada, y reconocida la notoria justicia que asiste a la dicha doña Maria de Torres, para que se deua declarar por nulo el dicho testamento, y no auer podido subsistir la comision, y facultad dada en el al dicho Licenciado Martin Serrano, y por vnica, y vniuersal heredera en todos los bienes que quedaron por fin y muerte del dicho don Fernando de Torres su tio, como lo espera, & nos quoque confidimus. Salva in omnibus V. D. C.

L. D. Antonio de las Tres
y Baena.